XV.

Bemerkungen über das Verfahren der Rechtsmittel- und Exekutionsinstanz nach dem preußischen Entwurf einer Civilprozeßordnung.

Von Herrn Dr. **W. Endemann**,
Prof. und O. A. Rath in Jena.

(Fortsetzung von Nr. I und VII dieses Bandes.)

Wenn wir hier noch einmal die Besprechung des preußischen Entwurfs einer Civilprozeßordnung aufnehmen, so erscheint dies um so mehr gerechtfertigt, als bei der gegenwärtigen Lage Deutschlands demselben eine noch über Preußen hinausreichende Bedeutung beigemessen werden muß. Zwei Abschnitte sind es hauptsächlich noch, welche im Anschluß an die früheren Bemerkungen in Nr. I und VII dieses Bandes die kritische Betrachtung zu beschäftigen haben: das System der Rechtsmittel und die Zwangsvollstreckung.

I. Die Rechtsmittel.

Die Anordnung der Rechtsmittel umfaßt die §§. 592—712. Es werden deren fünf anerkannt; nämlich der ordentliche Einspruch, der außerordentliche Einspruch, die Berufung, die Nichtigkeitsbeschwerde und die Wiederaufnahmeklage (§. 592). Wir werden diese später im Einzelnen zu erwähnen haben. Zunächst hat der Entwurf einen Titel über allgemeine Bestimmungen (§. 592—614), deren hier kurz zu gedenken ist.

Nach Aufzählung der möglichen Rechtsmittel war vor allen Dingen in §. 593—595 festzustellen, gegen welche Erkenntnisse die Rechtsmittel möglich sind, oder, wie es die der Cirkelschlüsse nicht ungewohnte Prozeßtheorie auszudrücken pflegt, welche Erkenntnisse der Rechtskraft fähig sind. Nicht

rechtskräftig bleiben eben die, gegen welche man aus irgend welchen Gründen die Rechtsmittel versagt.

Die Motive behandeln nun die Frage, wie weit Anfechtung gestattet sein soll, sehr ausführlich (S. 139—141), freilich wieder viel mehr von dem Standpunkte bloser Zweckmäßigkeitsabwägung zwischen dem preußischen und rheinischen Recht, als von einem durchschlagenden Prinzip aus. Daß man nicht auf die mißbräuchliche, aus der rein formalistischen Behandlung des Prozesses entstandene Ansicht zurückgehen konnte, wonach schließlich jedes auf zweiseitige Verhandlung ergangene Erkenntniß der Rechtskraft fähig wird, verstand sich von selbst. Von dem Unfug, welcher jede derartige Zwischenverfügung rechtskräftig werden läßt, d. h. den Prozeß höchst unnatürlich in eine Reihe für sich bestehender Abschnitte dergestalt zerspaltet, daß allemal das Resultat des einzelnen Abschnitts den Richter und die Parteien formell bindet, ist selbst der gemeine Prozeß immer mehr zurückgekommen. Einschränkung der Anfechtbarkeit der Zwischenerkenntnisse ist längst ein ausgemachter Zug der Praxis und Gesetzgebung. Mit andern Worten: man kehrt doch, wenn auch nur allmählich, zu der Vorstellung zurück, daß der Prozeß ein organisches Ganzes sei; und, wenn man noch nicht dahin gelangt ist, nur eine anfechtbare Sentenz in jedem Prozeß zu finden, so entscheidet doch über die Anfechtbarkeit nicht mehr der ganz äußerliche Umstand vorausgegangener zweiseitiger Verhandlung, sondern man ist, sobald man nicht alle zweiseitigen Erkenntnisse ferner für appellabel hält, wenigstens genöthigt, auf das vernünftigere Kriterium des Inhalts zu greifen.

Unser Entwurf hat nun, gewiß mit Recht, in §. 593 an der Spitze den Hauptgrundsatz, daß mit Rechtsmitteln anfechtbar nur das Endurtheil sein soll. Folglich auch das sog. Läuterungsurtheil des §. 546, welches echtes Endurtheil ist. Aber auch das bedingte Endurtheil, sofern es die Endsentenz nur noch von einem Eid abhängig macht (§. 594 Nr. I). Das kann nicht anders sein, und es ist oben S. 37 bereits auseinandergesetzt worden, daß, sofern das Beweisinterlocut als ein bedingtes Endurtheil auftreten kann, wenigstens die Mög-

lichkeit der Anfechtung durch Rechtsmittel auch dort passend erscheint.

Darin ist man daher allseits einig, daß im mündlichen Verfahren nur die Endsentenz, die reine oder bedingte, sich zur Rechtskraft eignet, und blos darin ist man noch nicht ganz einig, wie weit oder eng man den Begriff der bedingten Endsentenz verstehen soll.

Im Uebrigen hätten die Motive S. 139 nicht gegen das rheinische Recht deshalb Opposition zu machen brauchen, weil dasselbe zwischen präparatorischen, bez. interlokutorischen Urtheilen und definitiven unterscheidet. Denn dasselbe geschieht faktisch auch hier. Alle Richteraussprüche im Laufe des Verfahrens außer jenen bedingten oder puren Endsentenzen sollen eben nur einen präparatorischen Charakter haben, sollen, wie §. 595, freilich in nicht gerade geschicktem Ausdruck, sagt, nur als Gründe des Endurtheils gelten, d. h. erst gelegentlich des letzteren mitangefochten werden dürfen. Alle blose Zwischenerkenntnisse sind also der Rechtskraft entkleidet, und dem ist durchaus beizustimmen, da sich dieses Prinzip, nicht blos in Preußen, längst bewährt hat.

Was dem Entwurf nur noch Zweifel machte, waren die Urtheile, welche blos theilweise oder nur über einen einzelnen Punkt des Prozesses endlich erkennen. Da sie, insoweit dies geschieht, Endurtheile sind, so hat man das Theilurtheil des §. 348, das Präjudizialurtheil des §. 351, das eine prozeßhindernde Einrede verwerfende Urtheil der §. 333. 629., sowie das Urtheil, welches ein Rechtsmittel oder eine Klage (wegen mangelhafter Zustellung) verwirft, oder das Verfahren für erloschen erklärt, den Rechtsmitteln ausgesetzt. Die letztern sind unzweifelhafte Endurtheile und folglich anfechtbar, wenn auch am geeignetsten nur durch eine einfache Beschwerde. Mit den ersteren, den theilweise endlich erledigenden Vorurtheilen, aber hat es der Entwurf wichtiger genommen, als es die Sache verdient. Der mündliche Prozeß muß seiner ganzen Anlage nach möglichst nach einheitlichem Zusammenfassen der ganzen Verhandlung streben. Wenn nun auch, wie früher gezeigt, je nach Bedürfniß und nach verständiger Logik,

mitunter Einzelnes zu trennen und für sich zu erledigen gestattet sein muß, so kann man doch nicht allgemeinhin annehmen, daß es jedesmal geeignet sei, gegen ein solches theilweises Endurtheil sofort die Rechtsmittel zu ergreifen. Sehr viele Fälle werden vorkommen, wo eben so geeignet die Beschwerde wider den einzelnen Punkt, was im Interesse der Abkürzung und Einheit nur zu wünschen, füglich bis zur Anfechtung der End- oder Eidessentenz aufgespart werden kann. In andern Fällen allerdings kann umgekehrt ein Interesse daran sein, das präjudizielle oder Theilurtheil sofort hinwegzuräumen, ehe man sich auf weitere Verhandlung einläßt. Allein eine theoretische Grenze läßt sich zwischen diesen beiden Möglichkeiten nicht ziehen. Am besten wissen die Parteien selber, was das Nützlichste im untergebenen Fall ist. Ich würde darum auch hier fakultative, aber nicht absolute Anfechtbarkeit aussprechen.

Auch wäre von dieser Stelle aus doch eine nochmalige Revision des §. 363 anzuempfehlen, wonach vor dem Endurtheil ergehende Urtheile für den Richter bindend, also rechtskräftig sein sollen. Man meint eben damit zufolge S. 75 der Motive solche über einzelne Theile des Klaganspruchs oder des Prozesses vermöge des leitenden Gedankens, daß der Richter stets auf die mündliche Verhandlung so weit, als thunlich, Bescheid zu geben hat, definitiv erkennende Urtheile. Allein, so, wie der Ausdruck lautet, könnte man auch blose interlokutorische Erkenntnisse darunter stellen, welche alsdann zwar nicht für die Parteien, wohl aber für das Gericht, also einseitig, rechtskräftig würden.

Die folgenden Bestimmungen über den Beginn der Rechtsmittelfristen von der Zustellung des Urtheils an (§. 596—598), über die Ausschließung der Rechtsmittel durch Versäumniß der Nothfrist, ausdrückliche oder thatsächliche Anerkennung (§. 599 bis 600) sind durchaus angemessen. Daß die Zulässigkeit und das Vorhandensein der Formalien schon ex officio von dem Richter zu prüfen (§. 601), entspricht auch dem gemeinen Recht. Von dem sonstigen Inhalte dieses Titels sind nur noch die Bestimmungen von §. 608 ab zu erwähnen, welche dazu dienen, festzustellen, ob ein anfechtbares Urtheil rechtskräftig und vollstreck-

bar geworden sei. Man findet dazu ein „Auskunftsmittel", wie es die Motive S. 144 bezeichnen, in dem dem rheinischen Recht nicht unbekannten Institute des Rechtsmittelregisters, in welches die remedirende Partei ihre Anfechtung in gehöriger Weise eintragen lassen muß (§. 610), widrigenfalls dieselbe für nicht eingelegt (defect, §. 609) gilt. Die ziemlich weitläufige Prozedur ist Folge der Selbstbetreibung des Prozesses durch die Parteien. Es ist ganz richtig, wenn man einmal den Selbstbetrieb des Prozesses durch die Parteien als absolutes Prinzip hinstellt, so muß auf diesem Umwege erst die Zustellung des Urtheils, die Interposition des Rechtsmittels u. s. w. konstatirt werden, um darnach demnächst ermessen zu können, wann die Fristen abgelaufen sind und ob das Urtheil also trotz der versuchten Einlegung eines Rechtsmittels vollstreckbar erscheint. Indessen räumen die Motive S. 144 bereitwillig ein, daß allerdings nach seitherigem preußischem Recht die Feststellung der Vollstreckbarkeit mindere, nämlich gar keine Schwierigkeit macht. Das Insinuationsregister des Gerichtsboten ergibt Alles, was zu wissen nöthig ist.

Wenn dem so ist, so regt das unwillkürlich zu tieferen Betrachtungen an. Das sind doch in der That hauptsächlich, wo nicht allein, Zweckmäßigkeitsanordnungen. In solchen Dingen durchaus ein absolutes Prinzip aufrecht halten zu wollen, erscheint doch von fraglichem Werth. Gerade die offenbaren Weitläufigkeiten eines sonst so leicht zu erledigenden Punktes, müssen daher auf's Neue Bedenken hervorrufen, ob denn der sog. Selbstbetrieb, den ich in ganz etwas Anderem finde, nothwendig erheischt, daß die ungleich leichtere und einfachere Vollziehung solcher Akte durch das Gericht absolut verworfen werden muß.

Unter den einzelnen Rechtsmitteln steht im zweiten Titel voran die Berufung. Sie ist in der That, obwohl einigermaßen in der Abschwächung begriffen, zur Stunde noch das wichtigste Rechtsmittel. Indessen wäre der Glaube irrig, daß das immer so sein müßte. Das römische Prozeßrecht gerade der guten Zeit lehrt, wie man mit der Anfechtung der Sentenzen auch ohne Appellation fertig werden kann. Die Appellation ist Beseitigung einer Sentenz durch Anruf einer höheren Richtergewalt. Der aus der öffentlichen Autorität des Be-

amtenrichterthums fließende Akt des Erkenntnisses kann nur im Instanzenzug, dessen feste Gliederung dem modernen Staatswesen vorbehalten blieb, durch eine noch mit höherer Gewalt bekleidete öffentliche Gerichtsstelle aufgehoben oder abgeändert werden. Davon konnte wohl und mußte in der Epoche der römisch-kaiserlichen Bureaukratie die Rede sein, nicht aber vordem in der Zeit, da die Sentenz des judex als ein von den Parteien selbst gewollter Quasikontrakt erschien. Getreu dem rein privatrechtlichen, auf Eigenthätigkeit der Parteien gebauten Charakter überließ man es damals wesentlich den Parteien selbst, mit der sententia injusta fertig zu werden. Wie hätte ehedem ein höheres Beamtenkolleg sich als Autorität über den Volksrichter stellen können.

Diesen Gegensatz mag man nur deßhalb hier andeuten, um daran zu erinnern, daß namentlich die Entwicklung der Appellation keineswegs als abgeschlossen betrachtet werden darf. Nirgends tritt das innerste Wesen der Gerichtsverfassung deutlicher hervor, als hier. Sobald wir die Möglichkeit denken, auch in den Civilprozeß Geschworene, Volksrichter einzuführen, muß sich die Lehre von der Berufung umgestalten. Sobald wir wirklich durchweg die Selbstaktion und Selbstverantwortung der Parteien als Grundelement des Prozesses erkennen, müßte die Methode, durch Anruf eines vorgesetzten Gerichts die Abhülfe von Beschwerden wegen Ungesetzlichkeit zu suchen, nothwendig in gleichem Maße zurücktreten. Denn die Appellation ist der volle Ausdruck der Anschauung, daß den Parteien das Recht lediglich durch den Richter gemacht wird, und daß mithin die Fehler des Richters nur durch einen andern, höhern Richter festgestellt und verbessert werden können.

Lassen wir indessen die Aussichten in eine fernere Zukunft bei Seite. So wie die Zustände des Gerichtswesens jetzt sind und selbst bei Mündlichkeit und vermehrter Selbstständigkeit der Parteien zunächst noch sein werden, kann natürlich davon nicht die Rede sein, an eine Hinwegschaffung der Appellation zu denken. Es ist unabweisliches Bedürfniß, gegen verletzende Erkenntnisse den Weg der Remedur durch ein höheres Gericht zu gewähren.

In Uebereinstimmung mit dem D. E. (letzter Lesung) §. 567 und 611 geht nun der Preuß. Entwurf davon aus, daß Berufung nur gegen erstinstanzliche Erkenntnisse stattfindet (§. 615). Gegen zweitinstanzliche Urtheile soll nur die Nichtigkeitsbeschwerde stattfinden. Auf den ersten Moment mußte das einen gemeinrechtlichen Prozessualisten wundern. Indessen braucht man sich nur ein wenig die Sache zurecht zu legen, um in's Klare zu kommen. Wenn man die unten zu berührende Reihe der Nichtigkeitsgründe durchgeht, so wird man bald gewahr, daß unter diesem Titel so ziemlich Alles, was rechtliche Beurtheilung heißt, gerügt werden kann. Die Berufung dagegen soll, wie auch die Motive S. 145 sagen, erneuerte Prüfung sowohl in jure als auch in facto ermöglichen, was freilich unter allen Umständen passend im Gesetze ausgedrückt würde, wo jede Bezeichnung des Wesens der Berufung, wäre sie selbst so dürftig, wie §. 567 des D. E., gänzlich fehlt.

Man ist also auf einen Gegensatz gekommen, der an sich vollberechtigt einen leichtern und glücklicheren Ausdruck erlangen kann. Die Sache steht so. Eine mehr als zweimalige Beurtheilung und folglich eine Remedur gegen ein zweitinstanzliches Erkenntniß soll nur, wo nicht wegen aller, doch wegen gewisser Mängel des **modus procedendi v. decidendi** oder der rechtlichen Beurtheilung eröffnet werden. Die thatsächliche Beurtheilung dagegen soll nur einmal retraktirt werden. Mithin Gegensatz der Rechts- und Thatfrage, zu dem man instinktiv hingedrängt wird, obwohl man sich doch ohne Mühe sagen muß, so lange noch eine legale Beurtheilung der Thatfrage Platz greift, ist auch die Thatfrage nur eine Rechtsfrage.

Hier schneidet daher abermals die Methode der Beurtheilung ein. Wird die Thatfrage im Streben nach materieller Wahrheit, nach freier Logik entschieden, so ist sie allerdings specifisch von der rechtlichen Beurtheilung der Rechtsfrage verschieden. Alsdann kann man nicht nur, abgesehen von der Beischaffung neuen Materials, die zur Wiederaufnahme des Verfahrens führt, die Retraktation der Thatsachenprüfung auf eine einmalige Wiederholung beschränken, sondern, wie im Strafprozeß, ganz ausschließen. Ist doch nicht die geringste Garan-

tie, daß ein anderer höherer Richter über die Wahrheit besser urtheilt, als der unter dem Eindruck der ersten, niemals zu ersetzenden mündlichen Verhandlung urtheilende erste Richter.

Da man aber keineswegs diesen prinzipiellen Gegensatz, der so alt und unverwüstlich ist, daß er sich selbst in der Zeit doch bemerklich gemacht hat, wo die ausgeprägteste Legaltheorie eigentlich den letzten Rest von Thatsachenprüfung zur Rechtsfrage stempeln wollte, klar und scharf zur Richtschnur genommen hat, sagen also der D. und der Pr. E.: Berufung wegen jeder Verletzung, Nichtigkeitsbeschwerde nur wegen bestimmter rechtlicher Verletzungen.

Zugleich aber hat noch etwas Anderes mitgewirkt, den gemeinrechtlichen Standpunkt zu verrücken. Nämlich die genugsam bekannte Erfahrung, daß die Grenzen der Appellation, der unheilbaren und heilbaren Nichtigkeit schwer, ja unmöglich sogar auseinander zu halten sind. Nach dem Zuschnitt des gemeinen Rechts müßte selbst dann, wenn man gegen zweitinstanzliche Erkenntnisse nur Nullitätsbeschwerde zulassen wollte, bei Anfechtung der erstinstanzlichen füglich unterschieden werden: Berufung, sei es in der Rechts-, sei es in der Thatfrage, und Nichtigkeitsbeschwerde, die eben nur die Rechtsfrage betreffen kann, und das nöthigenfalls wieder mit Unterschied der sanablen und insanablen Nullität. Statt dessen gibt man hier nur die Berufung. Nicht als ob man die Nichtigkeitsrüge abschnitte, sondern man faßt diese mit unter den Begriff der Berufung; wozu umsomehr Antrieb, als ja, wie Jedermann weiß, auch schon gemeinrechtlich tausendmal Nichtigkeitsgründe, zumal heilbarer Art, in Form der Appellation geltend gemacht werden. Hier wird geradezu die Berufung ein für allemal auch mit den Geschäften der Nullitätsquerel betraut. Und dagegen wäre praktisch genommen Nichts zu sagen, wenn nicht die Betrachtung der leitenden Ideen Ursache finden könnte zu bedauern, daß solchergestalt der letzte Rest der actio und exceptio nullitatis, der selbstständigen Geltendmachung wenigstens der unheilbaren Nichtigkeitsgründe im Wege privater Thätigkeit der Parteien von der bureaukratischen Remedur, die bei dem höheren Richter eingeholt wird, verzehrt wurde.

So wird also die Berufung zum umfassendsten oder einzigen ordentlichen Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Urtheile. Hat man sich das zurecht gelegt, so ergeben sich die einzelnen Consequenzen leicht. Man muß dabei anerkennen, daß überhaupt, wenn einmal die Grundidee gebilligt wird, dieser Titel von der Berufung durchweg glücklich behandelt worden ist.

Nachdem §. 616 den Instanzenzug, der auch dem Gerichtsorganisationsgesetz vorbehalten werden kann, bezeichnet hat, setzt §. 617 die Berufungssumme unter Beifügung einiger angemessenen Vorschriften über die Berechnung des Werthes auf 20 Thlr. fest. Das ist eben lediglich Folge der eben erwähnten Natur der Berufung und kann leicht zur Schwäche werden. Soll wirklich wegen jeder blosen Iniquität der rechtlichen, oder gar wegen jeder angeblichen Verletzung in der thatsächlichen Beurtheilung bis zu 20 Thlr. herab jetzt die Appellation möglich sein? Die Motive glauben doch einer weitläufigen Rechtfertigung zu bedürfen, um darzulegen (S. 145—147), warum man von dem seitherigen Recht, welches nur in Sachen über 50 Thlr. die Berufung duldete, abweichen will. Der Grund soll schließlich in der Mangelhaftigkeit des nach dem bisherigen Recht in Sachen bis zu 50 Thlrn. gegebenen Rechtsmittels des Rekurses liegen.

Allein man kann darauf hinweisen, daß anderswo, z. B. in Kurhessen, die Ausschließung der Berufung bis zu 50 Thlr. Streitgegenstandswerth sich vortrefflich bewährt hat, ohne eine Mangelhaftigkeit des Rekurses zu beklagen. Man kann nämlich dort Urtheile in solchen minderwichtigen Sachen nicht mit Rekurs, sondern mit einer, in der Regel von der Praxis sehr streng behandelten, Nichtigkeitsbeschwerde anfechten. Und das ist, wie sich unschwer ergibt, vollkommen rationell. In den kleinen Sachen ist, wenn auch für die einzelne die unrichtige Beurtheilungein Unglück ist, im Großen und Ganzen rasche, endgültige Erledigung durch einen einzigen Spruch, sogar des Einzelrichters, und zwar weniger nach gelehrtem, spitzem Recht, als nach gesundem praktischem Takt, eine unendliche Wohlthat. Es ist daher sehr wohl begründet, nur noch die Anfechtung wegen offenbarer, grober Verletzung der Gesetze durch eine strenge

Nichtigkeitsbeschwerde zu gestatten, dagegen die Anfechtung wegen bloßer Iniquität oder gar wegen unrichtiger faktischer Beurtheilung zu versagen.

Dieses guten Gegensatzes aber beraubt sich der Pr. E., indem er nach dem Obigen den, trotz der Unmöglichkeit abstrakter Abgrenzung, doch immer rationellen Unterschied der Beschwerde wegen Nichtigkeit und der Beschwerde wegen Iniquität verwischend, beide zu dem einen Rechtsmittel der Berufung kombinirt.

Dabei übrigens noch die Bemerkung, daß, wenn §. 619, weil es unzuträglich sei, dem Appellanten den Nachweis der Appellationssumme aufzubürden, im Falle des Bestreitens jedesmal dem Appellaten den Beweis des Minderwerthes auflegt, derselbe nur aus einer Bedenklichkeit in die andere fällt. Ueberhaupt möchte es gar nicht schaden, wenn man diese Fragen sammt der Möglichkeit der ex officio = Beurtheilung lediglich dem richterlichen Ermessen überließe. Wo das bisher geschah, sind gar keine Unzuträglichkeiten entstanden, und der in den Motiven S. 149 hervorgehobene favor appellationis macht sich bei verständigen Richtern von selbst.

Die Einlegung erfolgt binnen 30 Tagen (§. 620) in einer durch Vermittelung des Gerichtsvollziehers (§. 621), dessen Urkunde §. 622 näher normirt, abzugebenden Erklärung. Sie geht dem Gegner zu und nun erfolgt Anwaltsbestellung, Schriftenwechsel, sowie Audienzerwirkung nach Analogie des Verfahrens erster Instanz. (§. 623—624); vgl. D. E. §. 573 ff.

Besonders wichtig wird die Frage nach dem Umfang der Devolution, welche in der gemeinen Doktrin durch die formelle Verhandlungsmaxime in große Verwirrung gerathen ist. Der Pr. E. und der D. E. stimmen denn jetzt so ziemlich überein. So viel Verhandlungsmaxime soll allerdings noch gelten, daß nicht ultra petita des Berufungsklägers, die in der ersten mündlichen Verhandlung (ohne Bindung an die etwa vorausgegangene schriftliche Bezeichnung der Beschwerden, aber in der ersten Audienz auch mit präklusiver Wirkung — s. auch §. 636 u. Mot. S. 155 —) aufzustellen sind, erkannt werden darf (§. 627—628). Allein an sich soll der Grundsatz herr=

schen, daß innerhalb dieser Grenze, wornach also z. B. solche getrennte Klagposten, die gar nicht den Gegenstand der Berufung bilden, ganz außer der zweitinstanzlichen Prüfung bleiben, der Rechtsstreit von Neuem verhandelt wird (§. 625). So sehr, daß vorsorglich in jedem Falle sogar erst durch ein förmliches Theilurtheil (§. 636) soll festgestellt werden können, was nicht angefochten und daher der nochmaligen Cognition in zweiter Instanz entzogen ist. Daher denn auch nova, d. h. neue Thatsachen und Beweise, nur nicht neue Ansprüche, jedoch mit Ausnahme von Compensationsforderungen und der auch sonst (§. 232) zulässigen Klagänderungen, ungehinderten Eingang haben. Auf solche Weise ist allerdings wieder weit besser die natürliche Einheit des Prozeßinhaltes gewahrt, als in dem gemeinen Prozeß, der die Appellationsrichter lediglich an die Form des Parteivorbringens bindet. Ueberdies wird die Idee, daß das höhere Gericht thunlichst die ganze Sache noch einmal zu verhandeln und zu erörtern hat, nothwendig auch auf die häufig dehnbare Auslegung der petita partium unvermeidlichen Einfluß haben, und zwar gerade im schnurstracken Widerstreit gegen die formalistische Verhandlungsmaxime.

Im Sinne der Concentration der Appellationsverhandlung zu einem einheitlichen Ganzen, die man vollständig billigen muß, liegt gewiß, was §. 629 ff. anordnen (s. auch D. E. §. 586). Der Appellat soll nicht blos verzögerliche Einreden mit dem Verlangen getrennter Entscheidung gegen die Berufung vorschützen können. Er muß sich auf die ganze Berufung einlassen; es gilt also, mit einigen wenigen Ausnahmen (eines Mangels der Berufungsurkunde oder der Kautionsbestellung) die Eventualmaxime.

Die Bestimmungen über die Anschlußberufung (Adhäsion) des Appellaten (§. 631—633) und die reziproke Appellation (§. 634—635) sind durchaus zu billigen. Die ersteren finden sich auch im Wesentlichen im D. E. §. 576 ff. wieder.

Weiterhin kommen die §§. 638 ff. auf die Frage von der Dauer der Devolution, welche bekanntlich der gemeinen Doktrin abermals viel Schwierigkeiten macht und jedenfalls mehr, als der Praxis, welche im Ganzen dahin gelangt ist, die Frage,

ob die Sache an die erste Instanz zu remittiren oder bei dem Gerichte zweiter Instanz zu behalten sei, als eine konkrete Angemessenheitsfrage zu behandeln. Das letztere ist darum noch das Beste, weil eine feste doktrinelle Vorschrift kaum möglich oder geradezu schädlich ist.

Denkt man sich freilich den Prozeß als ein Ganzes, mithin auch nur eine anfechtbare Sentenz in dem Prozeß, so ist klar, daß auch die Devolution allemal eine totale sein muß. Der Prozeß bleibt in der zweiten Instanz bis zu seiner endgültigen Erledigung. Zerspaltet sich dagegen der Prozeß, wie nach der gemeinen Theorie, in eine ganze Reihe von Abschnitten oder Stadien, die zwar wie Kettenglieder unter einander verbunden sind, aber doch jeder für sich ein getrenntes Stück Prozeß darstellen, dessen Selbstständigkeit darin zu Tage tritt, daß es seinerseits mit einem appellablen Zwischenerkenntniß abschließt, so wird es doch ebenso unmöglich, daß wegen der Berufung, welche nur ein solches einzelnes Stück des Prozesses angreift, nothwendig der ganze Prozeß an den judex ad quem übergewälzt erscheinen soll. Anderer untergeordneterer Zweckmäßigkeitsrücksichten zu geschweigen.

Nun geht allerdings der Pr. E. prinzipiell von der Einheit des Prozesses aus; allein er steht doch noch nicht auf dem Standpunkt, daß nur eine rechtskräftige Sentenz, nemlich die Endsentenz, im Prozesse vorhanden sei. Er denkt vielmehr doch noch an Theil-, Präjudizial-, Läuterungsurtheile u. s. w., und die Folge davon ist, daß nun auch bestimmt werden muß wie weit die Devolution bei Anfechtung solcher Urtheile reicht, wie lange daraufhin der zweite Richter die Sache zu behalten hat, oder wann er sie remittiren soll. Es ist früher bemerkt worden und bestätigt sich hier, daß wohl in dem Preuß. Entwurf den Theil-, Präjudizialerkenntnissen u. dgl. mehr Sorge zugewendet worden ist, als sie verdienen; wenn man sie aber einmal hat, so bleibt dann freilich Nichts übrig, als derselben auch an dieser Stelle zu gedenken, und alsdann mögen die Ausnahmen, welche §. 639 ff. von dem nützlichen Hauptsatz des §. 638 machen, gerechtfertigt erscheinen.

Die Zulassung der Appellation gegen Contumazialurtheile in §. 643 ist nach den Gründen der Motive S. 157 gewiß am Platze, auch das Verhältniß zu dem früher schon berührten Rechtsmittel des Einspruches (vergl. oben S. 174) richtig hergestellt. Auf das Berufungsverfahren selbst findet natürlich dasselbe Contumazialsystem Anwendung (§. 645), das für die erste Instanz besteht. Ebenso stand natürlich nichts im Wege, wie im erstinstanzlichen Verfahren, so auch im zweitinstanzlichen ein vereinfachtes Verfahren (s. oben S. 180) zu eröffnen. Die deshalbigen Bestimmungen der §§. 645—651 brauchen daher nicht näher erörtert zu werden.

Das zweite Rechtsmittel des Preuß. Entwurfes ist die in §. 652—685 behandelte Richtigkeitsbeschwerde. Der Charakter desselben erhellt zum Theil schon aus dem Vorigen. Man nennt es Nichtigkeitsbeschwerde, weil es etwas Anderes sein soll als die Berufung. Aber sowohl die Liste der Fälle, für welche die Nichtigkeitsbeschwerde bestimmt wird, als auch die einleitende Auseinandersetzung der Motive S. 159 belehren uns deutlich, daß wir nicht oder nicht blos die Nichtigkeitsbeschwerde nach dem bisherigen Begriff des Prozeßrechts vor uns haben.

Eine Oberberufung oder Revision will man nicht haben, weil das der Mündlichkeit widerspricht. Man glaubt die dritte Instanz lediglich auf die sogenannte revisio in jure mit Ausschluß aller neuen thatsächlichen Behauptungen und aller Beschwerden über blos thatsächliche Beurtheilung beschränken zu müssen. Das ist vollkommen richtig. Allein wenn nun das drittinstanzliche Rechtsmittel Nichtigkeitsbeschwerde getauft wird, so ergibt sich, daß, wie die zweitinstanzliche Berufung Appellation und Nullitätsquerel, so hier die Nichtigkeitsbeschwerde Nullitätsquerel und Appellation umfaßt, wenn sie laut §. 653 gegen jedes Berufungsurtheil stattfindet, welches auf der Verletzung oder unrichtigen Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift oder eines Rechtsgrundsatzes beruht. Darnach ist soviel klar, daß, wiewohl §. 655 Nr. 1 der Nichtigkeitsbeschwerde die Anwendung solcher Vorschriften entzieht, bei welcher das richterliche Ermessen entscheidet, eine Menge solcher Rechtsverletzungen nicht einmal

heilbare, geschweige denn unheilbare Nichtigkeiten zu heißen verdienen. Und die eine Reihe der hauptsächlichsten Beispiele aufstellende Liste des §. 654 bestätigt dies nur. Auch hat der Entwurf schwerlich daran gedacht, die römische Grundidee zu erneuern, daß eigentlich jede sententia injusta, wie jeder contra jus verstoßende Kontrakt, null und nichtig sei. In der That würde sich ein solcher Satz Angesichts unseres zur Zeit vorhandenen schwierigen Rechtszustandes nicht halten lassen. Die „weit über ihr Gebiet im preußischen Recht" ausgedehnte Nichtigkeitsbeschwerde ist vielmehr eben Nichts als eine nochmalige revisio in jure der Berufungsurtheile.

Durch diese Wendung, deren man sich wieder bewußt werden muß, um die einzelnen Folgerungen zu verstehen, ist allerdings eines erreicht worden, worauf sich die Motive etwas zu gute thun. Nämlich die Einfachheit, daß, abgesehen von der Wiederaufnahmeklage, welche namentlich auf neuen Thatsachen oder Beweisen fußt, derentwegen Nichtigkeitsbeschwerde gar nicht erhoben werden kann (§. 657), die letztere als das alleinige Rechtsmittel wider Berufungserkenntnisse erscheint. Allein, ob der Vortheil groß genug erscheint, um den innerlich doch sehr wohlbegründeten Unterschied eines Verstoßes gegen klares Recht und einer blos in letzter Instanz unrichtig befundener Anwendung oder Auslegung zweifelhafter Rechtssätze, deren wir nun einmal eine schwere Menge haben, ganz zu verwischen, wie das hier geschieht, muß bedenklich erscheinen. Nicht blos um des Vergnügens an doktrineller Unterscheidung willen sondern deshalb, weil auf solche Weise der letzte Rest von Selbstschutz der Parteien gegen die Nichtigkeit erstickt wird. Und daß das nicht den Tendenzen entspricht, welche wir auch in der Prozeßordnung ausgedrückt zu sehen wünschen, ergibt sich aus früher Gesagtem.

Das gemeine Recht nimmt an, daß wenigstens, wo eine Sentenz an einer offenbaren, unheilbaren Nichtigkeit leidet, dieselbe an sich unverbindlich, gleichsam nur der Schein einer Sentenz ohne Inhalt ist. Die Parteien brauchen dagegen gar Nichts zu thun. Eine solche Sentenz ist von selbst nichtig. Man hat ja, sofern Jemand versuchen möchte, daraus Rechte

herzuleiten, die exceptio nullitatis, welche schon ziemlich das Bedürfniß deckt. Sollte aber ein Interesse dabei sein, nicht abzuwarten, bis eine Gelegenheit zu der Einrede der Nichtigkeit kommt, sondern von vornherein die Nichtigkeit zu constatiren, so geschieht das durch die an die römische in duplum revocatio anknüpfende actio nullitatis, also mittelst einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit.

Wäre es nöthig, den Werth dieser Auffassung zu zeigen? Er leuchtet sicher durch den Gegensatz ein. So wie der Preuß. Entwurf und in dieser Hinsicht auch der im Einzelnen zum Theil abweichende D. E. verfährt, bleibt für die Handhabung der Rechtswidrigkeit eines Urtheils einfach durch Einrede und Klage kein Platz mehr. Davon wird kein Wort mehr erwähnt. Alles geht in der Nichtigkeitsbeschwerde auf, wobei freilich anerkannt werden muß, daß aus höchst natürlichen Ursachen auch jetzt schon nach vielen Partikularrechten zum Mindesten die selbstständige Nichtigkeitsklage völlig oder so gut wie in Vergessenheit gerathen ist.

Was will das besagen? Nichts Anderes als das: wenn einmal das Urtheil des Gerichts vorliegt, so mag es noch so rechtswidrig oder nichtig sein: es ist ein Urtheil, es gilt, es muß ihm parirt werden, wenn es die Parteien nicht im Wege der Bitte bei dem höheren, vorgesetzten Gericht hinwegschaffen. Die nothwendige Consequenz des Charakters des heutigen Gerichtswesens, der volle Ausdruck des Wesens der Sentenz, der nur doktrinäre Fiktion noch die gute alte römische Quasikontraktsnatur beizulegen vermag.

Man sieht wohl, hier thut sich eine weite Perspektive auf Grundprinzipien, die allerwichtigsten, auf. Die Praxis und die bisherige moderne Gesetzgebung bieten dazu freilich so wenig Handhaben, daß man es sehr begreiflich findet, wenn der Preuß. Entwurf sich damit nicht auseinander setzt, sondern kurzweg eben nur die Remedur durch die obere Instanz kennt.

Gehen wir aber auf das Rechtsmittel ein, wie es hier gestaltet ist, als Inbegriff der Oberappellation, bzw. Revision, und Nichtigkeitsquerel, so ist seine Bedeutung, welche die Motive sehr richtig durch den Ausdruck revisio in jure bezeichnen, so

wenig zweifelhaft, daß man wohl annehmen kann, es hätte der weitläufigen Abgrenzung und Einzelbestimmung, wo dasselbe zulässig, und wo dasselbe nicht zulässig, nicht bedurft. Der Entwurf widmet diesem Zweck die §§. 653—659 in sehr umfassender Weise, während man meinen möchte, es genüge füglich ein kurzer Satz. Namentlich verliert sich §. 658 in eine Kasuistik, obwohl die Motive (S. 161 a. E.) eine solche vermeiden zu wollen erklären, die sich in das Kleinliche zu verlieren droht und bekanntlich immer nachtheilig wirkt. Sonst ist gegen die betreffenden einzelnen Punkte sachlich wenig einzuwenden.

Nach §. 660 soll zwar das mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbare Urtheil noch nicht für rechtskräftig gelten, aber doch vollstreckbar sein. Das Rechtsmittel hat also keinen Suspensiveffekt (s. auch S. E. §. 617), wobei jedoch der Verurtheilte durch Deposition oder Kautionsleistung der Vollstreckung vorbeugen kann. Ob nicht der ganze Hauptsatz bedenklich wird, wenn man erwägt, daß unter der sogenannten Nichtigkeitsbeschwerde auch eine Masse von blosem Appellationsmaterial steckt, mithin eine Präsumtion für Erhaltung des Urtheils kaum aufgestellt zu werden vermag?

An dem Verfahren interessirt vor allen Dingen, daß hier der Entwurf doch die, wie oben bemerkt, einfachere Benutzung der gerichtlichen Vermittlung in Anspruch nimmt, während er doch sonst so ängstlich den Selbstbetrieb ohne alle Mitwirkung des Gerichts wahren will.

Innerhalb einer Nothfrist von 60 Tagen (§. 662) soll eine Beschwerdeschrift nebst einer Ausfertigung der gravirenden Verfügungen, sowie der Quittung über Niederlegung eines Succumbenzgeldes von 50 Thlr. und einer Kaution für die Gegner von 50 Thlr. auf der Gerichtsschreiberei des höchsten Gerichtshofes eingereicht werden (§. 661). Die Schreiberei ertheilt darüber Testimonialen, worauf die Zustellung einer mit der Bescheinigung versehenen Abschrift an den Gegner (durch Gerichtsvollstrecker) binnen 30 Tagen nach Ablauf des fatale erfolgt (§. 663), welcher sodann binnen 6 Wochen eine dem Querulanten zuzustellende schriftliche Beantwortung auf der Gerichtsschreiberei einreichen kann (§. 666. 667).

Die Beschwerdeschrift muß außer der Bezeichnung des verletzenden Erkenntnisses die genaue Angabe der einzelnen Nichtigkeitsgründe und bestimmte Anträge enthalten (§. 664). Eine Modifikation oder Veränderung der letzteren ist unstatthaft; der Querulant kann nur innerhalb der Nothfrist seine Schrift zurücknehmen und eine andere einreichen (§. 665). Man sieht also, daß hier die schriftliche Vorverhandlung eine ganz andere Rolle spielt, als sonst und namentlich bei der Berufung. Ja die Motive bezeichnen (S. 166) das Verfahren geradezu als ein schriftliches. Indessen wäre das wohl kaum nöthig gewesen. Der Schwerpunkt liegt einfach in dem, was §. 675 sagt, daß nämlich in der mündlichen Verhandlung andere Thatsachen und Beweise, als in der Beschwerdeschrift, richtiger würde es heißen: als in dem status causae s. controversiae des vorinstanzlichen Erkenntnisses, zu Grunde gelegt, nicht vorgebracht werden dürfen. Es wird nur noch über Rechtsausführungen in dritter Instanz verhandelt. Das ist das Entscheidende. Warum man aber in diesem beschränkteren Umfang ängstlicher sein sollte, als sonst, warum man nicht in diesem Umfange auch noch anderweite Formulirung der Anträge in der Mündlichkeit gestatten dürfte und den Querulanten so streng an die Schrift binden müßte, davon vermögen die Motive, welche hier plötzlich in ein Lob der Schriftlichkeit verfallen (S. 166), das zu der übrigen Haltung wunderlich stimmt, nicht zu überzeugen. Die ersehnte Gründlichkeit der Urtheile des höchsten Tribunals beruht nicht darauf, daß es die schriftlichen Rechtsdeduktionen der Anwälte vor sich hat und danach sein Erkenntniß präpariren kann, sondern darauf, daß es nach Anhörung alles dessen, was die Parteien schriftlich oder mündlich zu sagen wissen, reiflich erwägt. Dazu kann es sich jedesmal die Zeit nehmen, wird sie sich auch nehmen.

Mit dem Succumbenzgeld sind wir einverstanden insofern, als die Wiederbelebung dieses häufig ganz verschwunden gewesenen Instituts manche allgemeinere Vortheile darbietet. Ob übrigens die Bestimmung des §. 661, von der nur das Armenrecht dispensirt, nicht zu drückend erscheint, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls möchte es zu hart sein, daneben auch noch

50 Thlr. behufs Sicherstellung des Gegners zu verlangen. Das sieht denn doch gar zu sehr wie Palliativabwehr im Interesse des Obertribunals aus.

Die folgenden Bestimmungen von §. 668 ab sind meist rein reglementärer Art. Sie beschreiben des Genaueren, wie die Audienz durch Anmeldung erwirkt, dem Gegner notifizirt, der Referent ernannt werden soll und dgl. Wichtiger ist §. 673, insofern er die Mitwirkung des Generalstaatsanwalts in der Verhandlung vorschreibt. Ueber die Hereinziehung der Staatsanwaltschaft in den Civilprozeß ist früher schon im Allgemeinen das Nöthige bemerkt worden. Aus denselben Gründen muß man sich auch gegen die Hereinziehung ihres Chefs in die höchste Instanz erklären. Charakteristisch ist es, wie die Motive dies zu rechtfertigen suchen. Alles, was sie (S. 169) vorzubringen wissen, ist nur die wiederholte Versicherung, daß die Mitwirkung des Generalstaatsanwaltes unmöglich nachtheilig sein könne. Allein wir können dem nicht beistimmen. Jene Mitwirkung birgt immer die Möglichkeit der Gefährdung dessen in sich, was die erste Grundbedingung aller Rechtspflege ist, nämlich der absoluten Unabhängigkeit der Richter, und man wird sich den Satz der Motive, daß um der Wichtigkeit der höchstinstanzlichen Präjudizien willen, die „einigermaßen in das Gebiet der Gesetzgebung streifen", der Staatsregierung die Möglichkeit gegeben sein müsse, durch ihr Organ darauf einzuwirken, trotz seiner vermeintlich unverfänglichen Miene noch zweimal zu überlegen Ursache haben. Einsichtige werden doch lieber Präjudizien vorziehen, die nicht durch die Mitwirkung der Administrativorgane, sondern lediglich durch die innere Güte der von den unabhängigen Richtern allein gefundenen Gründe ihre Bedeutung haben.

Wichtig ist ferner, nachdem §. 674 ff. das Reglementäre über die Ansetzung und Abhaltung des Verhandlungstermins gebracht haben, das, was von §. 679 ab über die Remission gesagt wird. Auf begründete Richtigkeitsbeschwerde hin soll das angefochtene Urtheil vernichtet und allemal die Sache an das Gericht a quo oder ein anderes dazu beauftragtes verwiesen werden. Also reine Kassation, der höchste Gerichtshof soll nie-

mals die richtige Entscheidung an die Stelle der aufgehobenen setzen.

Die Bedenklichkeit dieser Consequenz scheinen die Motive doch (S. 170) zu fühlen, wenn sie auch zu dem Resultat gelangen, daß es unmöglich sei, das Obertribunal in der Sache selbst erkennen zu lassen. Es wäre leicht, eine Menge von Fällen anzuführen, wo es umgekehrt die vollste Unzuträglichkeit ist, wenn nicht sofort das richtige Urtheil an die Stelle des aufgehobenen gesetzt wird. Denn an den Namen des Rechtsmittels darf man sich nicht gefangen geben. Dasselbe heißt zwar Nichtigkeitsbeschwerde, ist aber, wie oben gezeigt, zum großen Theil nichts Anderes, als Oberappellation. Wo wirklich als null und nichtig kassirt und also ausgesprochen wird, daß eigentlich bis dahin nihil actum est, erscheint es sehr naturgemäß, die Sache zur nochmaligen Verhandlung oder Entscheidung zurückzuweisen. Wo dagegen materiell das Rechtsmittel nur Oberberufung ist, d. h. die nochmalige Prüfung der Sache von Seiten des höheren Gerichts provocirt, erscheint es ebenso natürlich, daß letzteres ein die Sache selbst erledigendes Erkenntniß ertheilt. Man wird daher §. 679. 680 doch nochmals zu prüfen haben. So, wie die sogenannte Nichtigkeitsbeschwerde behandelt wird, ist es kaum möglich, sich nur für das Eine oder das Andere, für blose Kassation oder für unbedingte Devolution der Sache selbst, zu entscheiden. Die Unterstellung aber, daß in keinem Falle das Prinzip der Mündlichkeit gestatte, den höchsten Gerichtshof auf Grund der schriftlichen Unterlagen der vorigen Instanzen in der Sache selbst erkennen zu lassen, kann sicher nicht gebilligt werden. In dritter Instanz handelt es sich nur noch um Rechtsfragen. Warum sollte nicht in völliger Uebereinstimmung mit dem Systeme der Mündlichkeit das Obertribunal darüber nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung so entscheiden können, daß es das der Sachlage entsprechende Urtheil gibt, wenn es auch, eben weil seine Cognition auf die Rechtsfrage beschränkt ist, in Hinsicht der Thatsachen an das gebunden erscheint, was die Erkenntnisse der vorigen Instanzen festgestellt haben? Darin liegt unmöglich ein Widerspruch oder eine Unausführbarkeit.

Nicht ohne Bedenken kann man schließlich auch den §. 683 lesen, welcher verordnet, daß das Gericht, an welches die Sache verwiesen wird, gehalten sein soll, die von dem Obertribunal in dem Kassationsurtheil zu Grunde gelegten Rechtsnormen als maßgebend anzuerkennen und seinerseits der ferneren Verhandlung unterzulegen. Allerdings ist, wie die Motive erwähnen, diese Frage häufig erörtert worden und wird immerfort erörtert werden. Aber man sollte sich doch eigentlich überzeugen, daß die Beantwortung kaum jemals Sache eines durchschlagenden Gesetzesparagraphen sein kann. Es ist nicht Eigenthümlichkeit geschichtlicher Entwicklung, wenn man anderswo bis jetzt keineswegs jene Bestimmung des §. 683 gewollt hat; und es ist kein genügender Rechtfertigungsgrund, sich auf die Regeln der res judicata zu berufen. Vielmehr steht es so.

Auf der einen Seite kann allerdings möglicherweise sich bei dem Untergericht eine Widerwilligkeit gegen die Autorität des Kassationshofes zeigen, die höchst unangenehm und schädlich wird. Auf der andern Seite aber ist es zweifelsohne nicht minder schädlich, die Untergerichte hinsichtlich ihrer rechtlichen Ueberzeugung in das Verhältniß einer geradezu zwangsweisen bureaukratischen Unterordnung unter die höhere Instanz stellen zu wollen. Die freie, selbstständige Rechtsansicht auch des Unterrichters ist gewiß ein Gut, das nicht verkümmert werden darf. In solchen Dingen wirkt eine Zwangsvorschrift immer nachtheilig. Allerdings ist es wünschenswerth, daß die von dem höchsten Gericht aufgestellten Rechtssätze in derartigen Fällen befolgt werden. Denn da sich, wenigstens als Regel, annehmen läßt, daß dasselbe dabei beharren wird, so heißt es den Parteien unnütze Aufwendungen an Zeit und Geld verursachen, wenn das Untergericht auf seinem abweichenden Kopfe beharrt. Aber um dies zu vermeiden, ohne nach anderer Seite hin Schaden anzurichten, gibt es nur ein Mittel: die wohlbegründete Autorität des höchsten Gerichtshofes, welche durch die innere Güte ihrer Gründe jedem verständigen Unterrichter ohne Zwangsbefehl Anerkennung abnöthigt.

Das dritte Rechtsmittel des Preuß. Entwurfs ist die Wiederaufnahmeklage, wovon Titel 4. handelt. Auch

hier begegnen wir wieder der Intention, nur noch ein einziges, einheitliches außerordentliches Rechtsmittel neben Berufung und bzw. Nichtigkeitsbeschwerde zu gestatten. Ausgesprochenermaßen (Mot. S. 173) soll unter dem Namen der Wiederaufnahmeklage das combinirt werden, was die gemeine Prozeßlehre als Nichtigkeitsklage (**actio nullitatis**, im Gegensatz der **querela**, wovon denn gemeinrechtlich nur bei unheilbarer Nichtigkeit die Rede sein kann) und Restitution auseinanderhält. Denn während §. 686 die zwei Fälle als Veranlassung bezeichnet, daß bei dem Urtheil ein unfähiger Richter mitgewirkt hat, oder daß in dem Verfahren die Partei nicht gehörig vertreten war, womit füglich der in §. 687 unter Nr. V berührte Fall mangelnder Befugniß des gesetzlichen Vertreters einer prozeßunfähigen Partei zu verbinden sein würde, also zwei Fälle der Nichtigkeit des Urtheils oder des Verfahrens, zählt §. 687 Nr. I—IV in Uebereinstimmung mit der Tendenz des D. E. §. 626 solche Fälle auf, in welchen die Wiederaufnahme durch neue Thatsachen und Entdeckungen veranlaßt wird.

Diese Combination erscheint jedoch abermals nicht als ein glücklicher Griff. Von vornherein erweist sich die angedeutete Unterscheidung der Nichtigkeitsklage und der Restitution als sehr wohl begründet. Ist es doch gewiß etwas total Anderes, wenn man sagt: das Urtheil oder Verfahren leidet an einem Fehler, der es rechtsungültig macht, als wenn man, wie die Restitution, sagt: das Urtheil ist zwar den Verhandlungen, welche vorausgegangen und vollkommen rechtsgültig sind, durchaus entsprechend, aber aus irgend einem materiellen oder Billigkeitsgrund doch nicht der objectiven Wahrheit und Gerechtigkeit entsprechend. So heterogene Elemente kann man nicht zu einem Ganzen vereinigen. Die einzelnen Folgesätze bestätigen zur Genüge, daß das nur zu Unzuträglichkeiten führt.

Nichtigkeitsklage und Restitution sind unseres Erachtens auseinanderzuhalten; würden auch vielleicht auseinandergehalten worden sein, wenn nicht, wie oben nachgewiesen, der Begriff der Nichtigkeitsbeschwerde so ganz anders, als der der gemeinen Nullitätsquerel, gestaltet worden wäre. Existirte eine echte, reine Nichtigkeitsbeschwerde, dann hätte man allenfalls aus

andern Gründen dahin kommen mögen, von einer Nichtigkeitsklage (actio null.) zu abstrahiren. Nach manchen Partikularrechten ist, wie schon einmal angedeutet, diese alte actio, welche die Theoretiker zwar noch als praktisch anführen, ganz verschwunden und von der an die höhere Instanz zu richtenden Querel verdrängt worden. Hätte unser Entwurf also eine reine Nullitätsquerel, so hätte er, wenn das auch nicht gerade zu befördern wäre, allenfalls davon absehen mögen, überhaupt noch eine Nullitätsklage als extraordinäres Rechtsmittel aufzustellen.

Jedenfalls aber sollte die Wiederaufnahmeklage, als Restitution, von dieser Beimischung gereinigt werden. Allerdings erfährt die Restitution wider Sentenz hier schon dadurch eine natürliche Beschränkung, daß wegen Versäumnisse im Verfahren und zugleich gegen Versäumnißurtheile das besonders benannte Rechtsmittel des Einspruchs gegeben wird. Indessen bleibt immer noch genug für die Wiederaufnahme übrig, vor allen Dingen der auch für das gemeinrechtliche Mittel der Restitution gegen Sentenzen bei Weitem wichtigste Fall, von dem auch §. 687 Beispiele enthält, des Neuauftretens oder der Neuentdeckung bisher noch nicht benutzten oder benutzbaren Materials, die bekannten noviter reperta.

Zum Austrag kommt die Doppelgestalt der hier construirten Wiederaufnahmeklage namentlich in dem Verhältniß, in welchem sie zu andern Rechtsmitteln gedacht wird. Der §. 689 spricht aus, daß sie da nicht stattfindet, wo die Partei Abhülfe ihrer Beschwerden durch Einspruch oder Berufung erlangen kann. Sie soll also subsidiär sein. Das paßt offenbar sehr gut für die Restitution, auch im Verhältniß zu der neu geschaffenen Einsprache, aber keineswegs für die in der Wiederaufnahmeklage mitenthaltene Nichtigkeitsklage. Denn die Rüge der Nichtigkeit nur subsidiär zu gewähren, wird Niemanden geeignet erscheinen.

Umgekehrt soll nach §. 657 die Nichtigkeitsbeschwerde wider die zweite Instanz ausgeschlossen sein, soweit die Partei durch Wiederaufnahmeklage Abhülfe gegen das Urtheil erlangen kann. Das heißt wieder zweierlei, da in der Wiederaufnahme zweierlei Rechtsmittel zusammen begriffen sind. Es heißt einmal: die

Nichtigkeitsbeschwerde soll erst subsidiär hinter der Nichtigkeitsklage stehen; und das könnte man sich allenfalls gefallen lassen. Aber es heißt weiter auch: die Nichtigkeitsbeschwerde soll subsidiär hinter der Restitution stehen; und wie das zu rechtfertigen, warum nicht im Gegentheil die Restitution so gut, wie der Berufung gegenüber, auch der Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber in eine subsidiäre Stellung versetzt werden muß, kann man unmöglich absehen.

Die Fristbestimmungen des §. 690 dürfen wir übergehen, wenn auch die in Satz 2 bezeichnete Frist vielleicht unbedenklich noch abgekürzt werden könnte für die Restitution, während die Nichtigkeitsklage, für welche die Motive auch an diesem Punkte wieder ganz andere Rücksichten aufstellen müssen, ihre eigene Verjährung hat.

Dagegen zeigt vollends §. 691, daß das Institut der Wiederaufnahme, so, wie es hier beliebt wird, nur zu verwirrenden Collisionen führt. Hier wird der, allerdings ungeachtet des §. 657 mögliche, Fall einer Concurrenz der Nichtigkeitsbeschwerde und Wiederaufnahmeklage betrachtet und nach Ansicht der Motive in einfachster Weise geregelt. Nun darf doch dabei nicht vergessen werden, daß nach §. 657 der Nichtigkeitsbeschwerde durchaus eine subsidiäre Stellung hinter der Wiederaufnahmeklage angewiesen würde. Hier aber wird verordnet, daß, wofern eine Partei Nichtigkeit und Wiederaufnahme geltend macht, ihre Wahl darüber entscheidet, welches Rechtsmittel zuerst verhandelt und beurtheilt werden soll. Also nicht mehr Subsidiarität der Nichtigkeitsquerel, sondern alternative Verbindung mit der Wiederaufnahmeklage. Es soll ferner, wenn ein Theil die Nichtigkeitsbeschwerde, der andere die Wiederaufnahmeklage gegen das nämliche Urtheil ergreift, zuerst die letztere erledigt werden. Also unbedingter Vorzug der letztern, der dann keineswegs am Platze ist, wenn sie nicht Nichtigkeitsklage, sondern Restitution ist, weil nie die Restitution wegen Neuentdeckung vor der Nichtigkeitsrüge den Vortritt haben kann.

Ebenso kann unmöglich volle Klarheit über die Behandlung des judicium rescindens und rescissorium herrschen

(s. §. 694. 695), wo dem Rechtsmittel der mehr gedachte Doppelcharakter beigelegt wird.

Im Uebrigen würden die Vorschriften über die Prozedur rebus sic stantibus nicht zu bemängeln sein.

Nur der Vollständigkeit halber ist schließlich zu erwähnen, daß gegen prozeßleitende Dekrete und der Rechtskraft nicht fähige Zwischenverfügungen Gegenvorstellung (Remonstration) und einfache Beschwerde stattfinden soll. Die hieher gehörigen Sätze der §. 701—712 sind einfach und sachgemäß. Wir wenden uns daher zu einer kurzen Betrachtung

der Zwangsvollstreckung,

welche so ausführlich behandelt worden ist, daß sich die hieher gehörigen Regeln von §. 946 bis 1289 erstrecken. Wenn dagegen in dem D. E. der Abschnitt von der Vollstreckung nur von §. 645—689 reicht, so rührt dies freilich daher, daß daselbst nur die allgemeinen Grundsätze aufgestellt werden, wogegen hier bis in's Einzelnste sämmtliche Executionsarten regulirt werden. Indessen, mußte auch durch Aufnahme dessen, was man sonst einer Instruction der Gerichtsvollzieher, einer Subhastationsordnung u. s. w. hätte vorbehalten können, der Preuß. Entwurf bedeutend anschwellen, so darf doch von vornherein nicht verkannt werden, daß gerade in diesem Theile sich an redactioneller Abkürzung und Vereinfachung noch viel thun läßt.

Für die Zwangsvollstreckung ist, wie aus Früherem erhellt, von dem System des Selbstbetriebs durch Gerichtsvollstrecker ausgegangen. Von diesem Standpunkt aus muß, wie auch der D. E. thut, zuvörderst die Grundlage einer rein formalen — denn der Huissier ist nicht der Mann zu einer materiellen Prüfung — Vollstreckbarkeit der Urtheile gewonnen werden. Die Urtheilsausfertigungen werden zu exigibeln Urkunden. Daß das Urtheil vollstreckbar sei, wird durch eine mit dem gerichtlichen Zeugnisse der Vollstreckbarkeit versehene Ausfertigung des Gerichtsvorstandes konstatirt (§. 659 ff.). Die Vollstreckbarkeit ist jedenfalls da vorhanden, wo keine Anfechtung durch ein ordentliches Rechtsmittel mehr stattfindet. Daneben aber gibt es noch eine vor-

läufige Vollstreckbarkeit, deren Festsetzung in §. 952 ff. genau normirt wird.

Alle die einzelnen Consequenzen dieses Grundgedankens, der sich auch in dem D. E. findet, erscheinen inhaltlich nur zu billigen. Eine Zusatzbestimmung entsprechend dem §. 653 des D. E., der, was bei der Wichtigkeit der Sache schwerlich Empfehlung verdient, die Ertheilung des Vollstreckbarkeitsattestes dem Gerichtsschreiber überläßt, wäre dahin wohl angemessen, daß gegen den Vorsitzenden des Collegialgerichts Beschwerde an das Colleg möglich sei.

Ausführlich, ohne daß daran Etwas auszusetzen wäre, ist sodann insbesondere die Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile (von §. 971 an), sowie gegen Erben und Singularsuccessoren behandelt. Die Einleitung der Execution gegen die Erben, wobei übrigens die in §. 987 ausgesprochene Solidarität mehrerer Erben in dieser Allgemeinheit doch gerechte Bedenken erregen möchte, auf blose glaubhafte Bezeichnung von Seiten des betreibenden Theils hin — denn der Huissier kann wieder nicht das Erbverhältniß prüfen und entscheiden — erscheint allerdings darum nicht gefährlich, weil der Erbe, wie jeder Executionsschuldner, sofort Widerspruch gegen den Vollstreckungsbefehl einlegen kann. Die Vollstreckung ist eben im ersten Anlaufe in dieser Form nur ein Versuch. In ähnlicher Weise genügt es, wenn ein Anderer, als der aus dem Judikat Berechtigte, also z. B. der Erbe oder Cessionar desselben, die Vollstreckung betreiben will, daß dem Gerichtsvollstrecker der Grund der Rechtsnachfolge bezeichnet und von diesem dem Schuldner mitgetheilt wird (§. 998).

Die Zwangsvollstreckung geschieht nun, insofern das Gesetz nicht anders bestimmt, ohne Mitwirkung der Gerichte durch die Gerichtsvollstrecker (§. 992). Der betreibende Gläubiger kann sich deshalb, gleichviel in welcher Form, an irgend einen Gerichtsvollstrecker wenden (§. 993 ff.). Hauptregel der Competenz bleibt nur, daß jeder Vollstrecker nur innerhalb seines Bezirkes vollstrecken kann (vgl. §. 143 ff.). Durch die executivische Urtheilsausfertigung ist er zu dem Verfahren, zum Empfang der judikatmäßigen Zahlung oder Leistung, sowie zur

gültigen Ertheilung der Quittung legitimirt (§. 996. 997; vgl. D. E. §. 662).

Das Alles ist durchaus konsequent, wenn man sich einmal für das Institut der Gerichtsvollstrecker entschieden hat. Allein das Bedürfniß schon dieser, geschweige denn der noch folgenden weitläufigen Vorschriften, regt denn doch unwillkürlich in Gedanken die Vergleichung an, um wie viel einfacher sich die Sache gestaltet, wenn die Execution in der Hand des Gerichtspersonals verbleibt.

Darauf erläßt zunächst der Gerichtsvollstrecker ein sog. Vollstreckungsgebot (Paritorium; §. 999), wonach der Schuldner aufgefordert wird, binnen einer bestimmten Frist (§. 1001) bei Meidung der Execution seine Verbindlichkeit zu erfüllen. In einzelnen Fällen aber kann ohne Vollstreckungsgebot sogleich zur Execution geschritten werden (§. 1011. 1012). Die Urkunde über dasselbe ist sehr genau in §. 1004 normirt; ebenso die Zustellung durch Hinweisung auf die allgemeinen Regeln von der Behändigung (§. 1005). Das Paritorium kann aber nichtig sein; die Gründe gibt §. 1006 speciell an. Allein die Nichtigkeit ist unter allen Umständen eine heilbare (§. 1007), d. h. sie muß im Wege des Widerspruchs binnen 8 Tagen geltend gemacht werden. Um dies dem Schuldner zu erleichtern, soll der Gläubiger, der in einem auswärtigen Gerichtsbezirk die Vollstreckung betreibt, einen Insinuationsmandatar bestellen (§. 1002).

Ist die Paritorialfrist ohne Widerspruch abgelaufen, so wird sodann mit der Vollstreckung, für die zunächst einige allgemeine Instruktionen ertheilt werden (§. 1012 ff.), vorgeschritten, worüber eine Urkunde aufzunehmen und zuzustellen ist (§. 1015).

Dabei muß aber noch erwogen werden, daß möglicherweise der Kondemnat Einwendungen gegen die Vollstreckung hat. Welcher Art diese sein müssen (s. D. E. §. 677), ist nicht gesagt, obwohl das erwünscht wäre, weil darüber häufig Zweifel auftauchen. Nur negativ ist soviel gesagt in §. 1029, was durchaus zu billigen, daß Einreden, die vor der letzten münd-

lichen Verhandlung entstanden sind, nicht mehr geltend gemacht werden können.

Seinen Widerspruch aber soll der Schuldner im Wege der Klage bei dem Gericht geltend machen, das die Vollstreckbarkeit des Urtheils erklärt hat (§. 1018). Allerdings muß diese Form gewählt werden, wenn nicht mehr das Gericht die Execution verfügt. Der Gerichtsvollstrecker sistirt sein Verfahren, wenn ihm die Bewilligung des Gläubigers oder die gerichtliche Verfügung der Einstellung urkundlich vorgelegt wird (§. 1017). Ueber die Widerspruchsklage aber wird nun förmlich verhandelt, wenn auch nur im vereinfachten Verfahren, und entschieden; geeignetenfalls nach vorläufiger Inhibition der Vollstreckung (§. 1019 ff.).

Noch einmal: auch dies ist durchweg rationell, wenn man um jeden Preis den Selbstbetrieb durch Gerichtsvollstrecker ohne Einmischung des Gerichtes will. Aber man muß dann doch diesem Prinzip schwere Opfer bringen und, um das Ziel zu erreichen, Wege einschlagen, die gewiß nicht den Vorzug der Einfachheit in Anspruch zu nehmen befugt sind.

Was die Ausführung der Execution anlangt, wovon der D. E. gar nichts enthält, so unterscheidet der Entwurf mit Recht, denn das hat er klarer, wie die meisten Prozeßlehrbücher, als bedeutsam auch für den **modus exequendi** erkannt — ob das Urtheil zu einer Geldzahlung, oder zu einer andern Leistung kondemnirt.

Ist letzteres der Fall, so stellt §. 1032 den Grundsatz an die Spitze, daß eine Vollstreckung, mit Ausnahme der auf **tradere, restituere s. exhibere** einer Sache gerichteten Erkenntnisse, nur auf das Geldinteresse stattfinden soll. Die Motive (S. 254) geben sich den Anschein, als ob es die doktrinelle Ueberzeugung von der Richtigkeit sei, welche diesen im älteren römischen Recht, das nur eine **pecuniaria condemnatio** kannte, begründeten und im französischen Recht aufgenommenen Satz diktirt habe. Indessen sind dabei doch einige bescheidene Zweifel erlaubt. Sowohl das preußische Recht, wie die Motive anführen, als auch, ungeachtet der Berufung auf Wetzell, das gemeine Recht kennen zur Zeit sowohl Kondem-

nation, als auch unmittelbare Execution anderer Leistungen, nämlich der Herausgabe anderer Sachen, als Geld, der Leistung nicht blos eines facere, sondern einer Arbeit im weitesten Sinn, sowie eines non facere s. pati. Und daß dieß geschieht, hat seine tiefen inneren Ursachen; wie denn überhaupt in der Art und Weise der Execution sich ein gutes Stück Kulturleben ausprägt. Hier nur ein paar kurze Andeutungen.

Die Römer kennen von Haus aus keinerlei Spezialexecution. Die Privatrechtssphäre des Einzelnen ist ein so fest geschlossener Kreis, daß unter keiner Bedingung hineingegriffen und mit Verletzung des Privateigenthums ein einzelnes Stück herausgeholt werden kann. Die Execution ergriff ursprünglich die Person des Schuldners oder dessen Vermögen in seiner Totalität (missio in bona). Erst sehr allmählich mit der Abschwächung jener starren Festigkeit des Einzelbesitzes bildete sich eine Spezialexecution. Wenn aber irgend Etwas aus dem Vermögenskreis des Einzelnen, ohne das nationale Prinzip von der Unantastbarkeit desselben allzusehr zu verletzen, herausgeholt werden mußte, so war es das Geld, diese weniger zum stetigen Besitz, als zum Umtausch und zur Cirkulation bestimmte Allerweltssache. Gerade der Gebrauch des Geldes hat daher am meisten dazu beigetragen, die Spezialexecution möglich zu machen. Eben deshalb aber, weil sie nur auf Geld gehen konnte, verlangte das klassische Recht auch, daß schon die Kondemnation lediglich auf Geld gerichtet sein müsse, und ließ nur allmählich bei dinglichen oder auf restituere und dgl. einer Sache abzielenden Klagen das bekannte arbitrium de restituendo zu.

Allein es leuchtet ein, daß dabei die Entwicklung nicht stehen bleibt. Die römische Regel des Erfordernisses einer pecuniaria condemnatio beruht auf der Ansicht, daß das Geld eine andere Sache sei, als die Sachen, welche sonst Gegenstand des Privatbesitzes sind. Bei fortschreitender wirthschaftlicher Bildung aber, auf der Stufe, auf welcher sich hinsichtlich der Auffassung der äußeren Güter die Gegenwart bewegt, muß dieser Unterschied immer mehr schwinden. Alle Dinge und nicht minder die Arbeit sind, wirthschaftlich genommen, dasselbe,

wie das Geld, nämlich sie repräsentiren eine Quantität Geldeswerth. Dem Gelde, oder vielmehr der Münze kommt keinerlei Vorzug mehr zu. Aber umgekehrt können auch andere Dinge und Arbeitsleistungen nicht mehr insofern einen Vorzug genießen, als sie nicht, wie das Geld, zwangsweise dem Einzelnen abgenommen werden dürften. Dazu ist gar kein Grund mehr, die Undurchdringlichkeit der Privatinnehabung hört für diese Dinge mit demselben Fuge auf, sobald man sich, worin die sog. Mobilität des heutigen Verkehrs liegt, sagen muß: es ist einerlei, ob man eine gewisse Menge Geldeswerth in dieser, oder in jener Gestalt, in Gestalt von Münze, von Mobilien, oder Immobilien, von Arbeitskraft oder Arbeitsleistung in Beschlag nimmt. Nicht der Körper, das Aeußerliche ist das Entscheidende, sondern der Inhalt, der Geldwerth. Alsdann hat natürlich auch die Kondemnation unmittelbar auf die Leistung, welche den Gegenstand des Rechtes bildet, keinerlei Bedenken mehr.

Weit entfernt also, in der Thatsache, daß dem modernen Recht der Unterschied des Kondemnationsgegenstandes gleichgültig geworden ist, nur die Willkür juristischer Doktrin oder Praxis zu erblicken, muß man vielmehr die innere Nothwendigkeit einsehen. Der Entwurf erscheint folglich nicht berechtigt, darüber so, wie geschehen, hinwegzugehen.

Der wahre Grund des §. 1032, der nun wieder für viele Fälle erst ein weiteres Verfahren behufs der Feststellung der **litis aestimatio** verlangt (§. 1033), ist auch nicht der, daß in letzter Linie allerdings ein **facere**, wenn es standhaft verweigert wird, nicht erzwungen werden kann, ein Fall, den man in der Masse von fungibler Arbeit doch keineswegs als Regel vorauszusetzen hat, sondern liegt offenbar wieder in dem System der Execution durch Gerichtsvollstrecker.

Wird die Execution allein durch solche Beamte betrieben, so hat man begreiflich ein Interesse daran, denselben womöglich nur Geldurtheile in die Hand zu geben. An der Geldsumme ist Nichts zu deuteln und zu bemängeln. Hier weiß der Gerichtsvollstrecker, um was es sich handelt. Aber wenn das Urtheil auf ein **facere**, d. i. auf eine Arbeitsleistung geht,

soll man da einem derartigen Funktionär die Kognition, welche unentbehrlich ist, darüber, lassen, ob die Arbeit auch dem Rechtsanspruch genügt? Darüber könnte und müßte wohl das Gericht entscheiden, das die Execution leitete, aber nicht ein Huissier. Man wird schwerlich Unrecht thun, wenn man dieser instinktiven Rücksicht das meiste Verdienst an der wenigstens theilweisen Restauration der pecuniaria condemnatio zuschreibt.

Indessen ist es auch mit dem Prinzip nicht so scharf gemeint, als es auf den ersten Blick erscheinen möchte. Nach §. 1040 bleiben doch die civilrechtlichen Sonderbestimmungen, nach denen der Schuldner in „gewissen Fällen" zur Leistung einer Handlung durch unmittelbaren Zwang angehalten werden kann, unberührt. Nach §. 1041 ferner soll mit Verwerfung des französischen Satzes, daß bei Zuwiderhandlungen nur das Interesse in Geld zu liquidiren und zu exequiren sei, das non facere direkt durch Strafen erzwungen werden. Und endlich findet nach §. 1034 ff., überall, wo auf Herausgabe von Mobilien oder Abtretung von Immobilien (§. 1036) erkannt ist, direkte Execution statt. Ja bei der ersteren soll sogar, wenn die Sache nicht vorgefunden wird, der Gläubiger vor Anstellung der Interesseliquidation jedesmal den Manifestationseid fordern dürfen, was zwar im Ganzen nicht unangemessen, aber doch auch in manchen Fällen möglicherweise so belästigend erscheint, daß man lieber dem richterlichen Ermessen einigen Spielraum lassen sollte.

Dabei ist nicht abzusehen, warum, wie die Motive noch ganz besonders betonen, nur von den Urtheilen auf „Herausgabe" von Mobilien die Rede ist, nicht aber die Urtheile auf Leistung von Mobilien ganz gleich behandelt werden. Sollte man etwa davon ausgegangen sein, daß die „Leistung" von Sachen facere sei? Dann würde sich doch ohne alle Spitzfindigkeit sagen lassen, daß „Herausgeben" von Mobilien, ja schließlich selbst das „Zahlen" von Geld auch ein facere sei. Facere ist Alles, und die Verschiedenheit des Objektes macht allein den Unterschied, den man einmal machen zu müssen glaubt. Aber darin liegt gewiß kein Grund zu abweichender Behandlung der Execution, ob die betreffenden Sachen heraus-

gegeben, oder geleistet werden müssen. Der Zweck der Herausgabe kann ebenso ein sehr mannigfaltiger sein, wie der der Leistung. Hier handelt es sich aber darum, ob, wenn Mobilien irgendwie Objekt der Kondemnation sind, diese selbst ergriffen werden mögen, und das ist jedenfalls gleichheitlich zu bejahen oder zu verneinen.

Was hingegen die Vollstreckung aller derjenigen Kondemnationen, welche auf Geldzahlung lauten, anlangt, so kann sie sowohl in das bewegliche, wie in das unbewegliche Vermögen und in den gesetzlichen Fällen durch Personalhaft erfolgen (§. 1042). Daß man diese Mittel elektiv neben einander setzt, ist nur gutzuheißen, ebenso die Aufnahme der bereits bestehenden Vorschriften der Konkursordnung und die recht freie, füglich auch an anderen Stellen zur Nachahmung reizende, Behandlung der Rechtswohlthat der Kompetenz (§. 1043—1047) und die Verwerfung der Moratorien.

Als Unterarten der Hülfsvollstreckung in Mobilien werden Pfändung und Beschlagnahme von Forderungen, die hier mit Recht, da die Forderung nichts Anderes ist, als auch ein Werthobjekt, durchaus in Parallele stehen, anerkannt (§. 1049).

Zunächst wird die erstere genau reglementirt, hinsichtlich der Art der Vornahme, des Gegenstandes, der Ablieferung, Versteigerung und Ergänzung durch sogen. Anschlußpfändung (§. 1049—1071). Die betreffenden Bestimmungen, meist aus dem bestehenden Recht zusammengetragen, geben keinerlei Anlaß zu Bedenken. Nur Eines mag noch bemerkt werden. Mit gutem Grunde geht §. 1051 davon aus, daß regelmäßig die gepfändeten Sachen der Disposition des Schuldners entzogen, in das Pfandlokal gebracht oder bei einem zuverlässigen Dritten verwahrt werden sollen. Jeder Praktiker weiß, daß es einer der größten Mißbräuche ist, wenn die Objekte bei dem Schuldner belassen und nur, wie man das zu nennen pflegt, in's Pfand geschrieben werden. Nothwendig wird eine solche Maßregel, anstatt dem Schuldner zu nützen, sehr oft zur Veranlassung der Kontrektation, von Strafe und großem Schaden. Ist das also zu vermeiden und, wie §. 1051 ganz richtig ver-

fügt, höchstens die Belassung der Sachen bei dem Ausgepfändeten unter Obhut eines geeigneten Wächters zuzulassen, so ist der nachfolgende Satz, daß auch der Schuldner selbst als Wächter bestellt werden könne, jedenfalls als bedenklich zu bezeichnen. Denn dadurch wird doch wieder die faktische Dispositionsgewalt bei dem Schuldner belassen, deren Ausschluß allein dem betreibenden Gläubiger die Pfändung werthvoll macht.

Den Bestimmungen über die Beschlagnahme von Forderungen treten wir zwar im Uebrigen bei, haben jedoch an dem Hauptgedanken eines auszusetzen. Die Motive deduziren ausführlich nach der Entwicklung des preußischen Rechts (S. 258), warum man schließlich trotz der seitherigen Gesetze dahin kommen müsse, von dem Gesichtspunkt einer direkten Zwangszession wieder abzugehen. Neben einem sogenannten Untersagungsverbot, welches darin bestehen soll, daß dem exequirten Gläubiger durch den Gerichtsvollstrecker der Befehl ertheilt wird, sich der Einziehung der Forderung und jeder Disposition über dieselbe zu enthalten, und welches, wie wohl kaum der Deduktion bedarf, ungeachtet der Hinweisung auf §. 608 für den betreibenden Theil sehr wenig Sicherheit gewährt, gibt §. 1074 an den Drittschuldner nur ein sog. Arrestgebot, bestehend in der Aufforderung, die schuldige Summe oder Leistung anderer Art an den Gerichtsvollstrecker zu entrichten. Das gemeine Recht macht, wenn es sich um die Verfügung gegen den Drittschuldner handelt, den allem Anscheine nach doch sehr wohl begründeten Unterschied, daß entweder demselben nur die Solution an den Gläubiger mittelst einer Arrestauflage untersagt, oder dem betreibenden Theil die Einhebung der Forderung mittelst Zwangszession übertragen wird. Nun ist gern zuzugestehen, daß, wenn das System der Vollstreckung durch Huissier's rezipirt und, wie nur zu billigen, die Beschlagnahme auch auf andere als Geldforderungen ausgedehnt wird, die Ablieferung solcher andern, demnächst erst zu verkaufender Sachen an den Huissier passend erscheint. Allein einmal sieht sich nicht ein, warum man das geringere und doch in manchen Fällen ausreichende Mittel einer blosen Arrestanlage im gemeinrechtlichen Sinn bei dem Drittschuldner verschmähen sollte, und ebensowenig, warum

man die hier an den Drittschuldner ergehende Maßregel vor dem Namen einer Zwangsabtretung hütet. Sie soll nur Arrestgebot heißen, ist aber der Befehl zu zahlen und herauszugeben. Vermuthlich, weil in §. 1080 verordnet ist, daß, wenn der Drittschuldner nicht Folge leistet, der betreibende Gläubiger die Ermächtigung zur Klagerhebung erst bei dem Gericht zu erwirken hat. Darauf läuft schließlich Alles hinaus. Allein es ist doch ein purer Formalismus. Warum soll der betreibende Theil, der doch schon die Befugniß hat, die Zahlung zu empfangen und die andern Sachen, die der Gerichtsvollstrecker für ihn entgegen nimmt, zum Verkauf zu bringen und sich daraus zu befriedigeu, nicht auch das Recht haben, ohne erst die Formalität einer besondern Erlaubnißertheilung durchzumachen, sofort zu klagen, wenn der Drittschuldner nicht erfüllt? Sobald man dies gestattet, ist das sogenannte Arrestgebot Zwangsabtretung; und jedenfalls ist es auch schon ohne das mehr, als blose Arrestanlage der Execution halber, die dem Entwurfe so, wie er jetzt lautet, gänzlich fehlt.

Zu überlegen wäre ferner, ob nicht einige besondere Vorschriften über die Beschlagnahme von Besoldungen und Bezügen bei öffentlichen Kassen aufzunehmen seien. Schwerlich erweist es sich doch als passend, daß da die Beschlagnahme in derselben Weise durch Gebot des Gerichtsvollstreckers erfolgen sollte, wie bei Privatleuten.

Schließlich würde der letzte §. dieses Abschnitts §. 1091 einen prägnanteren Ausdruck erheischen, wenn das erreicht werden soll, was die Motive beabsichtigen.

Bleibt die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen fruchtlos, so kann der Gläubiger Vorlage eines Inventars und Ableistung des Manifestationseides von dem Schuldner fordern. Weigerung, dieser Verbindlichkeit zu genügen, bzw. contumacia des Schuldners, begründet den Antrag auf Personalarrest. Indessen steht es natürlich frei, die gedachte Verbindlichkeit zu bestreiten, worüber denn weiter verhandelt und entschieden werden muß. Gegen alle diese Bestimmungen (§. 1109—1113) ist inhaltlich Nichts einzuwenden; nur würden sie passender sich unmittelbar an den zweiten Abschnitt anschließen.

Auch gegen die übrigen Sätze des dritten Abschnitts, der sich mit der Vollstreckung durch Körperhaft beschäftigt, sind keine Ausstellungen zu erheben. Ueber die, wie die Motive hervorheben, so viel besprochene Frage, inwieweit Körperhaft als civiles Executionsmittel zulässig sei, brauchen wir uns nicht zu verbreiten. In §. 1094 wird sie hier auf handelsrechtliche Verbindlichkeiten der Kaufleute aus Handelsgeschäften und Handelssachen, der Nichtkaufleute aus Handelsgeschäften, Wechselschulden, Schadensersatzleistungen aus strafbaren Handlungen, und endlich auf Ausländer-Schulden beschränkt. Sie kann höchstens ein Jahr dauern. Die Exemtionen u. s. w. sind durchaus in Ordnung. Aus dem ganzen Abschnitt möchte nur die eine interessante Wahrnehmung noch zu registriren sein, daß hier trotz des Prinzips doch der Selbstbetrieb durch Gerichtsvollstrecker schwach wird. Zwar ist es der Vollstrecker, der den Schuldner in Arrest zu bringen hat. Aber die ganze weitere Ueberwachung des Arrestes liegt selbstverständlich nur in der Hand des Gerichtes.

Ganz dasselbe gilt auch von dem folgenden Abschnitt, der das Vertheilungsverfahren, also die Distribution des Erlöses aus dem Verkaufe der Pfandstücke, bzw. des Erträgnisses mit Beschlag belegter Forderungen, wo mehrere betheiligte Gläubiger sind, regulirt. Mit zweifellos sehr überzeugenden Gründen weisen die Motive (S. 264) nach, daß man darin von dem Prinzip des Selbstbetriebs absehen und die Offizialmaxime, d. h. den Betrieb durch das Gericht sanktioniren müsse. Natürlich, denn wie sollte man dem Huissier angemessener Weise die Prüfung und Entscheidung über die oft recht schwierigen Vorzugsrechte der mehreren betheiligten Gläubiger überlassen können? Hier macht sich aber recht deutlich bemerkbar, daß doch immer der Vollstrecker nur zu den niederen Dienstleistungen der Execution berufen ist, und man kann sich gerade deshalb wiederum des Gedankens nicht entschlagen, ob die Vollziehung dieser Dienstleistungen durch dem Gericht nicht untergeordnete Offizianten, oder durch Gerichtsdiener eigentlich die Ehre der Bezeichnung als „prinzipiellen Gegensatz des Selbstbetriebs gegen die Offizialmaxime" verdiene.

Sonst sind auch die hieher gehörigen Bestimmungen (§. 1115 bis 1137) durchaus gelungen.

Im fünften Abschnitt geht der Entwurf auf die Zwangsvollstreckung in Immobilien über. Sie soll nur wegen Geldschulden zulässig sein, wogegen deshalb nichts einzuwenden, weil darin für andere Forderungen nur die Aufforderung liegt, sie zuvor in die litis aestimatio zu konvertiren. Der Entwurf stellt drei Arten der Vollstreckung auf: Eintrag in das Hypothekenbuch, Sequestration und Subhastation. Auch in diesem ganzen Abschnitt schweigt der Selbstbetrieb durch die Gerichtsvollstrecker, wie es nicht anders sein kann, gänzlich und tritt die Leitung des Gerichts ein.

Die Vollstreckung durch Eintrag in das Hypothekenbuch, welcher auf jedes exigible Urtheil hin verlangt werden kann, muß bei der zuständigen Hypothekenbehörde beantragt werden. Die ganze Maßregel, indem sie einen dem Schuldner hinderlichen Eintrag schafft, stellt sich als Analogie dessen dar, was bei Mobilien blose Beschlagnahme ist. Sie übt an sich nur einen indirekten Zwang zur Erfüllung der Judikatsverbindlichkeit. Daß aber jedesmal (§. 1143) der Antrag bei der Hypothekenbehörde durch den Gerichtsvollstrecker für den Gläubiger gestellt werden soll und mithin von dem Gläubiger selbst dieser höchst einfache Antrag gar nicht gestellt werden darf, ist eine mehr als ängstliche Konsequenz des „Prinzips" des Selbstbetriebs.

Der folgende Unterabschnitt §. 1147—1178 hat die Zwangsvollstreckung durch Sequestration zum Gegenstande. Die Motive rühmen ganz besonders, daß das Preußische Recht dieses Institut vollkommen ausgebildet besitze. Wenn damit gemeint ist, daß weder das gemeine, noch das französische Recht so ausgebildet dasselbe besitze, so ist das richtig. Bis jetzt wird schwerlich irgendwo auf die eine Maßregel solcher gesetzgeberischer Fleiß verwendet worden sein, wie hier. Allein der gemeinrechtliche Richter weiß sehr gut, daß die Sequestration nicht blos als provisorische Sicherung, sondern auch als Mittel der Execution durch Befriedigung aus den Erträgnissen fruchttragen-

der Sachen benutzt werden kann, und man sollte wohl glauben, daß ein gemeinrechtlicher Richter, auch wenn ihm genauere Bestimmungen fehlen, wo dergleichen vorkommt, im Wesentlichen damit gerade so verfahren würde, wie hier auseinandergesetzt wird. Fast der ganze Abschnitt ist rein instruktioneller Natur. Mit der größten Genauigkeit ist vorgeschrieben, wie das Gesuch gestellt, die Bestellung eines Sequesters vorgenommen, dessen Verwaltung eingerichtet werden soll und dgl. Wir haben früher schon angedeutet, warum die Einfügung solchen Materials, welches streng genommen nur in ein Regulativ gehört, in die Prozeßordnung erklärlich und entschuldbar erscheint; allein das kann uns nicht hindern, dagegen zu sprechen, daß die Regulirung bis zum Uebermaß in das Kleinste hinein unternommen wird. Darf man denn einem verständigen Richter gar Nichts zutrauen?

Die Haupteigenthümlichkeit ist auch für diese Executionsart wieder die, daß nach dem System des Selbstbetriebs daraus eine eigene selbstständige Prozedur auf Grund des vollstreckbaren Urtheils vor dem Einzelrichter entsteht, unter dem das Grundstück — denn nur von solchen ist die Rede, während die nämliche Maßregel recht wohl auch an fruchttragenden Mobilien möglich, obwohl nicht häufig ist — liegt. Natürlich können durch die Sequestration ältere und bessere Rechte nicht gekränkt werden. Es ist also ziemlich selbstverständlich, was §. 1163 über die Befriedigung der Sequestrationskosten (der schlimmste Punkt, der erfahrungsmäßig leicht einige Scheu vor der Maßregel erregt), der Lasten und Abgaben, der Hypothekenzinsen u. s. w. sagt. Nöthigenfalls muß allerdings eine förmliche Lozirung der Fruchtgenußrechte stattfinden. Folglich kann auch darüber eine Art Prioritätsstreit entstehen.

Der vierte Unterabschnitt, der umfassendste, wie begreiflich, verfügt in den §§. 1179 bis 1316 über die Subhastation. Es ist schwer, darüber ein eingehendes Urtheil von dem von uns eingehaltenen gemeinrechtlichen Standpunkte aus zu fällen, weil das Material großentheils besonderen preußischen Gesetzen entnommen ist; wie denn bekanntlich kaum in irgend einer Lehre die Partikularrechte buntscheckiger sind, als in der von

der Zwangsversteigerung. Indessen bieten sich doch einige Bestimmungen der Betrachtung dar.

Durch den Selbstbetrieb ist auch der Weg der Subhastation vorgezeichnet. Analog, wie die Sequestration, wird sie, während gemeinrechtlich der erkennende Richter der Hauptsache über die Sequestration, wie über jeden andern Executionsmodus, zu erkennen und dann allenfalls Requisition um Vollstreckung zu erlassen hat, zu einem selbständigen Verfahren bei dem judex rei sitae. Ob die hier gegebenen Vorschriften übrigens allgemein für die ganze Monarchie, oder wegen des unleugbaren Zusammenhangs mit der Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher nur im Gebiet des altpreußischen Rechts zur Geltung gelangen sollen, ist noch offene Frage. (Mot. S. 280).

Das Verfahren beginnt mit einem monitorischen Vollstreckungsgebot (§. 1180), das man hier beibehalten zu müssen glaubt, während es sonst aufgegeben wird. Wäre das mehr, als eine untergeordnete Zweckmäßigkeitsfrage, so ließe sich das Bedürfniß wohl bestreiten, zumal da eine nochmalige Aufforderung des Schuldners auch in der gleich weiter zu erwähnenden Maßregel liegt. Der Gläubiger bittet nämlich nach Ablauf der Paritorialfrist um Einleitung der Subhastation. Findet der Richter das Gesuch begründet, so verfügt er die Einleitung, welche nun in das Hypothekenbuch eingetragen wird (§. 1182—1185). Das ist also das, was gemeinrechtlich die Immission (des Verkaufes halber) in das Grundstück genannt wird. Hier fällt nun eigentlich Eines auf. Wenn man sonst so stark, wie unser Entwurf thut, den Selbstbetrieb betont, warum denn nun auf einmal richterliche Prüfung des Gesuchs, Verfügung der Einleitung und Requisition an die Hypothekenbehörde? Warum denn nicht dem betreibenden Gläubiger überlassen, sich auf eigene Verantwortung die Immission bei der Hypothekenbehörde zu verschaffen? Dagegen wäre wohl um so minder ein Bedenken, als das gewiß feststeht, daß die Immission bereits begründete Rechte Dritter nicht alterirt. Man will abkürzen. Warum denn nicht so: der Gläubiger geht mit seiner exigibeln Ausfertigung des Urtheils zur Hypothekenbehörde und läßt sich ohne Weiteres in das Grundstück

zum Zweck der Execution immittiren. Die Behörde notifizirt den von ihr verfügten Eintrag dem Schuldner = Eigenthümer, der nun noch eo ipso, indem der Gläubiger erst nach 14 Tagen, oder, wie man die Frist setzen will, die Einleitung des Verkaufs beantragen kann, Gelegenheit hat, das Judikat zu leisten oder Einspruch zu erheben. Damit wäre eigentlich Alles gethan. Der Immissionsvermerk begründet ein Recht, dessen Definition in §. 1186 eben nur durch absonderliche preußische Zweifel nothwendig werden konnte, des Gläubigers auf Verkauf behufs der Befriedigung.

Nach §. 1188 ff. soll sich nun die Abschätzung anschließen. Die Schwächen des Taxationswesens erkennen die Motive an, und jeder Praktiker weiß genug erbauliche Fälle davon, wie „auf den Verkauf abgeschätzt wird", zu berichten. Vielleicht ließe sich durch eine umfassende Reform des Taxatorenwesens, allerdings eine recht schwierige Aufgabe, helfen. Allein so lange diese nicht eintritt, wird es schwer, sich von dem Nutzen oder gar der Nothwendigkeit der Abschätzung, die nur Weitläufigkeiten verursacht, zu überzeugen. So ist es auch den Motiven (S. 283) nicht gelungen, uns diese Ueberzeugung beizubringen. Was sie von der Abschätzung erwarten, nämlich eine genaue Bezeichnung der Verkaufsobjekte und eine Gelegenheit, Anstände zu erledigen, die Kaufbedingungen zu reguliren und dgl. läßt sich doch, wo nöthig, auch erreichen, ohne damit eine Abschätzung zu verbinden, die doch für Niemanden maßgebend sein kann.

Es folgt dann der Antrag auf Erkennung der Versteigerung, und der Richter ertheilt das sog. Subhastationspatent (§. 1194). Was über dessen Inhalt und Bekanntmachung gesagt wird, ist passend, auch anderwärts gerade so in Uebung. Die Versteigerung selbst leitet das Gericht, also nicht ein Vollstreckungsbeamter, so daß also bei dem Grundeigenthum die Regel, das Gericht mit dergleichen Dingen gar nicht zu beauftragen, völlig verlassen wird; was wir nur deshalb konstatiren, um an dem einen Beispiel bemerklich zu machen, wie leicht und unschädlich man die Execution doch der Aufsicht des Gerichtes belassen kann. Niemand würde wohl im Stande sein, die innere Nothwendigkeit des Gegensatzes zu zeigen, daß Grundeigenthum durch den Richter, bewegliche, wenn auch werthvollste,

Dinge nur nicht durch das Gericht und seine Diener verkauft werden sollen.

Die Normen für den Versteigerungstermin gehen sehr in's Detail, sind aber im Ganzen angemessen. Nur mit §. 1211, der jedem durch das Meistgebot nicht gedeckten Gläubiger (Kreditsystem?) das Recht gibt, einen neuen Verstrichstermin, und zwar ohne Haft für Nachtheil und Kosten, zu verlangen, kann man sich, und wenn das längst gesetzlich war, nicht befreunden. Auf solche Weise hat der dritte Betheiligte mehr Rechte, als der betreibende Gläubiger.

Gegen den Zuschlagsbescheid, der sofort zu erlassen ist, wenn nicht dagegen berechtigter Widerspruch erhoben wurde, und dessen Voraussetzungen sehr genaue Darstellung erfahren, soll nur das Rechtsmittel der Berufung, die ja die Nichtigkeitsbeschwerde mitumfaßt, statthaft sein. Fraglich möchte nur erscheinen, ob man die Restitution ganz und gar ausschließen will oder ausschließen kann (§. 1222). Es ist zwar vollkommen richtig (Motive S. 283), daß durch deren Zulassung sehr unangenehme Verwicklungen entstehen können; allein andrerseits kann es doch zur höchsten Iniquität führen, wenn man dieses **aequitatis causa** gegebene Mittel, z. B. trotz der Neuauffindung des wichtigsten Materials, ganz und gar versagt. Möglichst strenge Beurtheilung, nicht aber totale Verwerfung der Restitution dürfte am richtigsten sein.

Gegen die Bestimmung der Wirkungen des Zuschlags ist Nichts einzuwenden.

Der zweite Theil des Unterabschnitts, §. 1241 bis 1289, beschäftigt sich mit der Vertheilung des Kauferlöses der Versteigerung. Jede Subhastation ruft, indem die Rechte der an dem Grundstück dinglich berechtigten Gläubiger gewahrt und umfassend geordnet werden müssen, eine Art von Spezialkonkursverfahren hervor.

Zu diesem Behufe wird zuvörderst ein Termin zur Liquidation aller in dies Verfahren gehörigen Ansprüche nöthig. Indem der Entwurf einen solchen anordnet (§. 1242), bestimmt er denselben zur Erlegung bzw. Berechnung der Kaufgelder Seitens des Adjudikatars. Das kann gewiß geschehen. Ob

es überall zweckmäßig sei, dies Geschäft mit dem weiteren der Liquidation zusammenzufassen, ob es nicht in vielen Fällen vorzuziehen sei, die Deposition der Kaufgelder getrennt vorzunehmen, und dabei völlig unnöthig erscheint, eine Mitwirkung aller Betheiligten zur Feststellung dessen, was der Adjudikatar schuldet, zu desideriren, bedarf doch sehr der Erwägung.

Die Verhandlung über die Anmeldungen, zu denen mit Recht sub poena praeclusi geladen werden soll (§. 1243), d. h. bei Meidung des Ausschlusses von dieser Verhandlung, wonach denn die Belegung und Vertheilung ohne sein Zuthun, jedoch unter Berücksichtigung seiner im Hypothekenbuch inscribirten Forderung geschieht, ist mündlich. Sämmtliche Betheiligte sollen in aller Kürze über ihre Ansprüche verhandeln, wobei §. 1245, im Ganzen wohl mit Fug, da es sich, wenn keine stillschweigende, legale Pfandrechte existiren, um hypothekenbuchsmäßige Ansprüche handelt, auf gegenseitige Anerkennung oder wenigstens rasche Streiterledigung rechnet. In solchem Fall kann dann sofort zur Vertheilung geschritten werden.

Täuscht diese Hoffnung, so soll zum Mindesten, so weit als thunlich, für die unstreitigen Forderungen die Sache abgewickelt werden (§. 1246). Indessen muß nun ein Theilungsplan entworfen und im Uebrigen dem Streite der einzelnen Gläubiger um den Bestand, das Hypothekenrecht oder die Priorität des Anspruchs der Lauf gelassen werden (§. 1251). Sodann ist noch von der Berücksichtigung nichtfälliger, unter Bedingung schwebender und fortlaufender Präſtationen, sowie von der Erledigung des ganzen Geschäfts durch Kassirung der betreffenden Urkunden und Eintrag im Hypothekenbuch die Rede.

Das Alles ist passend, obwohl abermals manche Abkürzung des in äußerst ausführlicher Instruktion sich ergehenden Inhaltes zu wünschen wäre. Vieles von dem, was hier in langen Sätzen vorgetragen wird, ergibt sich doch in der That für einen einigermaßen denkenden Richter, dem die Hauptgesichtspunkte klar sind, unmittelbar von selbst. Noch einmal: warum denn dem savoir-faire des Richters gar Nichts zutrauen, zumal nachdem man in anderer Richtung so viel Freiheit gestattet?

Für diejenigen Hypothekarier, die sich nicht gemeldet haben, wird nun in Betreff der bei der Distribution für sie reservirten Kaufgelderantheile ein sog. Aufgebotsverfahren eingeleitet (§. 1269). Das Gericht soll zu diesem Behufe einen Kurator bestellen, mit dem dann das Weitere vorzunehmen, und an den schließlich, wenn sich keine Prätendenten in Folge des von ihm erwirkten Aufgebots melden, die Ausantwortung erfolgt (§. 1259 ff.). Auch dagegen möchte um so weniger Etwas einzuwenden sein, als im Wesentlichen dasselbe schon in der Konkursordnung verfügt ist, wenn gleich in der Art und Weise, wie der Subhastationsrichter von Amtswegen, um die Angelegenheit definitiv zu beendigen, vorschreitet, wieder ein Widerspruch gegen den sonst gewünschten Selbstbetrieb liegen möchte.

Einige Schlußbestimmungen (§. 1270 ff.) betreffen hauptsächlich die Zwangsvollstreckung in Schiffe, Schiffseigenthum, Berg- und Hüttenwerke, Schiffsmühlen und Immobiliargerechtsame. —

Wir scheiden damit von dem Entwurfe. Wir haben mancherlei daran sachlich auszusetzen gehabt, wir haben häufig darauf hinweisen müssen, daß er redaktioneller Verbesserungen bedürfe, wie denn überhaupt eine nochmalige Ueberarbeitung und Glättung geboten erscheint; allein das sollte, wie schon am Anfange dieser Betrachtungen hervorgehoben, jedem Einsichtigen klar sein, daß man es mit einer höchst bedeutsamen Leistung zu thun hat. Die Uebereinstimmung mit den meisten Grundprinzipien, mit dem kühnen Zug, der es unternommen hat, über die bisherigen Muster hinauszugehen, mit der freien Bewegung aller thätigen Kräfte, auf der der wahre Fortschritt der gerichtlichen Prozedur beruht und der nothwendig am tiefsten den alten traurigen Schematismus an der Wurzel angreift, macht den dringenden Wunsch rege, daß es nunmehr vergönnt sein möge, die Schwierigkeiten zu besiegen und auf dieser Basis eine frisches Leben in die civilrechtliche Praxis einführende Gerichtsordnung zu schaffen.
